

BUNDESGERICHTSHOF

14

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 302/86

URTEIL

Verkündet am:
27. April 1988
Hellmann
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED] & Co., vertreten durch ihren persönlich
haftenden Gesellschafter Gerd S [REDACTED], M [REDACTED]straße 8,
B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Makler Bernhard J [REDACTED], G [REDACTED] Allee 125-127,
B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dr. Lang, Dehner und Dr. v. Ungern-Sternberg auf die mündliche Verhandlung vom 27. April 1988

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 27. November 1986 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Maklergesellschaft, war von der K [REDACTED] Lebensversicherung mit dem Verkauf einer Wohnanlage in Braunschweig beauftragt; ihr war für den Erfolgsfall eine Provision von 1% des Kaufpreises zuzüglich Mehrwertsteuer versprochen. Auf Anregung ihrer Auftraggeberin wandte sie sich am 1. September 1980 an den Beklagten und vereinbarte mit ihm ein Gemeinschaftsgeschäft mit Provisionsteilung. Der Beklagte sollte eine Provision von 3,39% erheben.

Der Beklagte bot der a [REDACTED] A [REDACTED]-Vermögensanlage-Verwaltungsgesellschaft mbH in Troisdorf das Objekt zum Kauf an. Am 24. Oktober 1980 wurde es von der K [REDACTED] Lebens-

- 3 -

versicherungs AG an eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts verkauft, an der der Dipl.-Kfm. A. [REDACTED] von der Firma a. [REDACTED]-Vermögensanlagegesellschaft beteiligt war.

Die Klägerin macht dem Beklagten zum Vorwurf, er habe abredewidrig mit der Käuferin nur eine Provision von 1% zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart. Dadurch sei ihr, der Klägerin, ein Schaden in Höhe von 1% des Kaufpreises zuzüglich Mehrwertsteuer entstanden. Sie hat deshalb vom Beklagten Schadensersatz in Höhe von 63.280 DM nebst Zinsen verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Urteil des Oberlandesgerichts, durch das die Berufung der Klägerin zurückgewiesen wurde, hat der Senat durch Urteil vom 18. Juni 1986 - IVa ZR 7/85 - WM 1986, 1288 aufgehoben. Nach der Zurückverweisung hat das Oberlandesgericht die Berufung erneut zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie ihren Klageantrag weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat den jetzigen Sachvortrag des Beklagten mit Recht als eindeutig angesehen. Darin liegt keine, nach § 565 Abs. 2 ZPO unzulässige Abweichung vom ersten Revisionsurteil, in dem der Senat die Sachdarstellung des Beklagten als mehrdeutig bezeichnet hatte. Diese Bemerkung konnte sich ersichtlich nur auf die damalige Sachdarstellung beziehen; sie schloß daher eine Klarstellung von seiten des Beklagten nicht aus. Es war ja gerade der Sinn der Zurückverweisung, dem Beklagten eine solche Klarstellung zu ermöglichen.



2. Im ersten Revisionsurteil hatte der Senat ausgeführt, daß der Beklagte verpflichtet gewesen sei, mit seinem Kunden eine Provision von 3% (ohne Mehrwertsteuer) zu vereinbaren. Solange dies nicht geschehen sei, habe er die von der Klägerin erhaltene Information nicht seinem Kunden preisgeben dürfen. Er habe gegen diese Pflicht bereits dadurch verstoßen, daß er seinem Kunden zugleich mit seiner Provisionsforderung ein vollständiges Exposé übermittelte. Dieser Verstoß wäre allerdings unschädlich gewesen, wenn es gleichwohl zum Abschluß einer Provisionsvereinbarung in Höhe von 3% gekommen wäre. Dies wäre einmal dann der Fall gewesen, wenn der Interessent A. sich ausdrücklich mit einer Provision von 3% einverstanden erklärt hätte; es hätte aber auch genügt, wenn er der Provisionsforderung nicht widersprach und weitere Dienste des Beklagten in Anspruch nahm. In diesem Falle hätte ein Widerspruch des Kaufinteressenten zu einem späteren Zeitpunkt, d.h. nach Inanspruchnahme der Maklerdienste, an der einmal getroffenen Provisionsvereinbarung nichts ändern können. Anders wäre die Rechtslage jedoch zu beurteilen, wenn der Kaufinteressent sofort widersprochen haben sollte. In diesem Falle wäre, wie ebenfalls im ersten Revisionsurteil ausgeführt wird, nur ein Provisionsanspruch in Höhe von 1% entstanden. Von dieser rechtlichen Beurteilung ist auch im jetzigen Revisionsverfahren auszugehen (§ 565 Abs. 2 ZPO; GemSOG BGHZ 60, 392, 396).

Daß der Kaufinteressent sich ausdrücklich mit der geforderten Provision von 3% einverstanden erklärt habe, wird von keiner Seite behauptet. Es kommt demnach entscheidend darauf an, ob es das Berufungsgericht als unstreitig ansehen durfte, daß der Kaufinteressent der Provisionsforderung von

3% (zunächst) nicht widersprochen habe. Maßgeblich für die Beurteilung dieser Frage ist der mündliche Parteivortrag in der Schlußverhandlung vor dem Oberlandesgericht, den das Revisionsgericht gemäß §§ 314, 561 Abs. 1 Satz 1 ZPO aus dem Tatbestand des Berufungsurteils zu entnehmen hat; soweit in ihm auf Schriftsätze verwiesen wird (§ 313 Abs. 2 Satz 2 ZPO), ist davon auszugehen, daß auch deren Inhalt zum Bestandteil der mündlichen Verhandlung gemacht worden ist (BGH Urteile vom 24.11.1976 - IV ZR 3/75 - LM ZPO § 313 Nr. 1; vom 30.1.1980 - IV ZR 196/77 -; vom 3.11.1982 - IVa ZR 39/81 - NJW 83, 885). Über den Sachvortrag der Klägerin im ersten Rechtszug enthält der Tatbestand des angefochtenen Urteils unter anderem folgende Darstellung:

"Der Beklagte habe jedoch abredewidrig mit der Käuferin nur eine Provision von 1% zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart."

Diesen Sachvortrag hat die Klägerin in der Berufungsinstanz unter Beweisantritt wiederholt (Schriftsatz vom 16. April 1984 Seite 2, 3, 7 - Bl. 151, 152, 156 d.A. -, vom 20. Oktober 1986 - Bl. 288 d.A. - Tatbestand des Berufungsurteil Seite 6 Abs. 2).

Demnach hat die Klägerin bestritten, daß der Beklagte mit der Käuferin eine Provision von 3% vereinbart habe; sie leugnet damit sowohl, daß die Käuferin sich ausdrücklich mit dem Provisionssatz einverstanden erklärt habe, als auch, daß diese Maklerdienste in Anspruch genommen habe, ohne vorher dem Provisionsverlangen zu widersprechen. Für seine gegenteilige Annahme beruft sich das Berufungsgericht auf S. 2 des klägerischen Schriftsatzes vom 28. Juni 1983 (Bl. 53 d.A.). Gegen dessen Berücksichtigung ist grundsätzlich

nichts einzuwenden, da die Tatbestände der vorinstanzlichen Urteile Verweisungen auf die Parteischriftsätze enthalten. An der genannten Stelle erörtert der Anwalt der Klägerin jedoch, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, nur die Frage, wie die Rechtslage zu beurteilen wäre, wenn die (im vorausgehenden Satz erwähnte) Mitteilung des Beklagten in seinem Schreiben vom 15. September 1980 (Bl. 19 d.A.) zutreffend gewesen wäre. Sie wollte jedoch damit nicht einräumen, daß die dort gegebene Sachdarstellung richtig sei. Das ergibt sich deutlich aus S. 5 desselben Schriftsatzes (Bl. 56 d.A.), wo es heißt:

"Aufgabe des Beklagten wäre es aber gewesen zu Herrn A [REDACTED], dem Vertreter der Käufergruppe, zu sagen, er mache ihn darauf aufmerksam, daß aufgrund der Inanspruchnahme der Dienste des Maklers die geforderte Provision von 3,39% zu zahlen sei, wenn der Kaufvertrag "unterschrieben" werde. Auch das ist nicht geschehen.

Entgegen seiner schriftsätzlichen Darstellung hat der Beklagte mit den Käufern des betreffenden Objektes keinen Provisionssatz von 3%, sondern lediglich einen von 1% zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart. Darin liegt sein der Klägerin gegenüber bestehendes schuldhaftes Fehlverhalten, für das er einstehen muß. Wenn er 3,39% vereinbart hätte, hätte er sie ohne weiteres einklagen können, jedoch er allein."

Der Inhalt des Schriftsatzes stimmt daher - bei richtigem Verständnis - mit den ausdrücklichen Feststellungen des Tatbestands über den Inhalt des Vortrags der Klägerin überein.

Nach § 561 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat das Revisionsgericht seiner materiellrechtlichen Beurteilung den Sachverhalt zugrunde zu legen, den die Parteien ausweislich des Tatbestands vorgetragen haben; nur soweit die von den Parteien

gegebenen Sachdarstellungen voneinander abweichen, kommt es auf die tatsächlichen Feststellungen des Tatrichters an. Daraus folgt, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts aufzuheben ist, wenn es in den Entscheidungsgründen von einem anderen Sach- und Streitstand ausgegangen ist als von dem, der sich aus dem Tatbestand des Urteils ergibt, und wenn eine am richtigen Sach- und Streitstand orientierte Beurteilung zu einem anderen rechtlichen Ergebnis geführt hätte. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes hat daher seit je Urteile beanstandet, die auf "tatbestandswidrigen" Annahmen beruhten (vgl. etwa Urteil vom 19.3.1953 - IV ZR 214/52 -; Senatsurteil vom 7.10.1987 - IVa ZR 67/86 -).

Das Berufungsgericht hätte demnach die Behauptung des Beklagten, der Kaufinteressent habe die Provisionsforderung von 3% bis zum 24. September 1980 einschließlich widerspruchslos hingenommen und sich dadurch mit ihr einverstanden erklärt, nicht als unstreitig behandeln dürfen, sondern über ihre Richtigkeit tatrichterlich Feststellungen treffen müssen. Die Revision beanstandet somit zu Recht, daß das Berufungsurteil zu diesem Punkt keine Beweiswürdigung enthält, sich insbesondere nicht mit dem Ergebnis der Zeugenvernehmungen und mit dem vorgelegten Schriftwechsel auseinandersetzt.

3. Der Senat hat erwogen, ob man das zweite Berufungsurteil nicht dahin verstehen kann, daß es wegen der Beweiswürdigung (stillschweigend) auf das erste, insoweit vom Revisionsgericht nicht beanstandete Berufungsurteil Bezug nimmt. Auch mit dieser Erwägung läßt sich jedoch das Berufungsurteil nicht aufrechterhalten; denn in seinem ersten

Urteil hat das Oberlandesgericht gerade das Gegenteil von dem als erwiesen angesehen, was es im zweiten Urteil als angeblich unstreitig seiner Entscheidung zugrunde legt. Dort hat es nämlich aus der Aussage des Zeugen Albrecht entnommen,

"daß die Käuferseite sich gegen die geforderte Provision von 3% zuzüglich Mehrwertsteuer immer gewandt..."

habe.

4. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob es geboten ist, den Zeugen A [REDACTED] erneut zu vernehmen und ihn dabei zu einer Präzisierung seiner früheren Aussage zu veranlassen, insbesondere seiner Angabe, er habe dem Verlangen nach einer 3%igen Provision "von Anfang an" widersprochen.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Richter am BGH
Dr. Lang kann wegen
Urlaubs nicht unterschreiben.

Dr. Hoegen

Dehner

Dr. v. Ungern-Sternberg